

SEIDLER

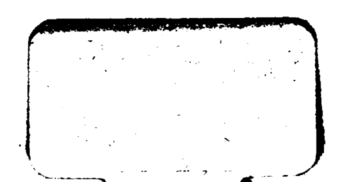
ZUR LEHRE VOM GEWOHNHEITSRECHT

1898









ZUR LEHRE

VOM

GEWOHNHEITSRECHT



AUF DEM GEBIETE DES

ÖSTERREICHISCHEN STAATS- UND VERWALTUNGS-
RECHTES.

VON

DR. GUSTAV SEIDLER,
A. O. PROFESSOR AN DER WIENER UNIVERSITÄT.



STUTTGART 1898.
VERLAG DER J. G. COTTA'SCHEN BUCHHANDLUNG
NACHFOLGER.

Vorliegende Arbeit bildet einen Theil der im gleichen Verlage erschienenen »Festschrift zum siebzigsten Geburtstage Sr. Excellenz Dr. JOSEPH UNGER«.

Druck der Union Deutsche Verlagsgesellschaft in Stuttgart.

Inhalts-Verzeichniss.

Seite

I. Stellung des Problems.

Von zwei Fronten her hat die Gewohnheit als Rechtsquelle auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts in den letzten Jahren ihre ganze Existenz bedrohende Angriffe erfahren. Der eine, speciell das österreichische Verwaltungsrecht betreffend, erfolgte von Seite des Verwaltungsgerichtshofes, indem derselbe die Bestimmung des §. 10 unseres allg. bürgerl. Gesetzbuches, dass auf Gewohnheiten nur in jenen Fällen, in welchen das Gesetz sich darauf berufe, Rücksicht genommen werden könne, auf das Verwaltungsrecht in Anwendung brachte [1]). Der andere war ein literarischer Angriff, bezog sich auf das constitutionelle deutsche Verwaltungsrecht im Allgemeinen und ging von Otto Mayer aus, der in seinem deutschen Verwaltungsrechte die Entstehung von Gewohnheitsrecht für die Verwaltung als durch die allgemeinen Grundsätze unseres öffentlichen Rechtes

---

[1]) Budwinski, Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (im Folgenden mit B. citirt) 1316; siehe auch schon B. 838; wenn der Verwaltungsgerichtshof in einem späteren Falle (B. 2146) eine örtliche Uebung bezüglich der Schnittlänge zu liefernden Klafter-Brennholzes anerkannte, so trat er hiedurch mit seiner Rechtsauffassung nicht in Widerspruch, da es sich nicht um einen durch Gewohnheit entstandenen Rechtssatz, sondern um eine zur Ergänzung des Parteienwillens herangezogene Uebung handelte. Nur insofern ist der Verwaltungsgerichtshof sich in einem concreten Falle nicht consequent geblieben, als er (B. 1503) ein Hofdecret, welches aus Anlass der Recurserledigung in einer speciellen Rechtssache ergangen war, demnach den Character einer allgemein verbindlichen Norm nicht hatte und folgerichtig auch in die Gesetzessammlung nicht aufgenommen worden war, als eine im Sinne des §. 10 cit. ausreichende Berufungsquelle annahm.

von selbst ausgeschlossen erklärte, wovon nur für das öffentliche Verbandsrecht eine Ausnahme bestände [1]).

Beide Angriffe sind für die zukünftige Entwicklung des Gewohnheitsrechtes gefährlich. Da nach §. 7 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof die Administrativbehörden an die Rechtsauffassung dieses Gerichtshofes gebunden sind, so würde, falls derselbe es bei seiner ablehnenden Haltung bewenden liesse, die Gefahr unmittelbar bevorstehen, dass auf dem ganzen grossen Gebiete des Verwaltungsrechtes das ohne gesetzliche Berufung bestehende Gewohnheitsrecht verkümmerte, und dass jede weitere Bildung von Gewohnheitsrecht unterbunden bliebe. Aber auch der bloss literarische Angriff Otto Mayer's ist bei der Aufnahme, welche dieses geistvolle Werk gefunden hat, um so weniger zu unterschätzen, als schon ohnedies in Theorie und Praxis vielfach eine gewisse Abneigung gegen die Rechtsquelle der Gewohnheit besteht. Wenn nun auch Niemand verkennen wird, dass der Gewohnheit in der Gegenwart unserer Rechtsbildung neben dem Gesetze nur eine durchaus secundäre Stellung zukommen kann, so wäre der Schaden, der sich aus der unberechtigten Zurückdrängung dieser Rechtsquelle auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes ergeben würde, doch ein beträchtlicher. Es dürfte daher in Anbetracht der Actualität und Wichtigkeit des Gegenstandes nicht unzeitgemäss sein, wenn im Folgenden der Versuch unternommen wird, die Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes zu überprüfen und sohin im Anschluss an die kritische Besprechung der Mayer'schen Lehren principiell die Frage des Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechtes in Erörterung zu ziehen, wobei die nahen Beziehungen des Staats- und Verwaltungsrechtes zu einander es wohl gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn beide Rechtsgebiete unter einem behandelt werden.

---

[1]) a. a. O. S. 132.

II. Praxis des Verwaltungsgerichtshofes.

Schon auf den ersten Blick muss die Anwendung eines so einschneidenden Grundsatzes des bürgerlichen Gesetzbuches, wie es die Ausschliessung des nicht gesetzlich berufenen Gewohnheitsrechtes ist, auf das Verwaltungsrecht höchst bedenklich erscheinen, und dieselbe kann offenbar nur so erklärt werden, dass der Verwaltungsgerichtshof von der Annahme ausging, dass die Einleitung des bürgerlichen Gesetzbuches sich nicht nur auf dieses Gesetz, sondern auf das gesammte Recht beziehe, obgleich die Ueberschrift der Einleitung: »Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt«, von vornherein einer solchen Annahme entgegenstehen musste. Den Verwaltungsgerichtshof hätte aber speciell in Bezug auf §. 10 cit. die Erwägung leiten müssen, dass die Beschränkung des Gewohnheitsrechtes im Verwaltungsrechte auf die Fälle gesetzlicher Berufung ohne gleichzeitige Codification dieses Rechtsgebietes in Wahrheit nichts anderes bedeutet hätte, als in jenen Theilen des Verwaltungsrechtes, in welchen zur Zeit der Erlassung des bürgerlichen Gesetzbuches gesetzlich nicht berufenes Gewohnheitsrecht galt, tabula rasa zu machen, indem mit dem Gewohnheitsrechte das objective Recht überhaupt aufgehoben worden wäre. Beim bürgerlichen Rechte stand es eben anders, weil dasselbe mit der Beschränkung des Gewohnheitsrechtes gleichzeitig codificirt wurde, und der Gesetzgeber daher überhaupt in die Lage kam, im Einzelnen die Entscheidung zu treffen, ob er sich auf bestehendes Gewohnheitsrecht berufen oder an Stelle desselben eine geschriebene Norm erlassen wolle. Bei den anderen Rechtsgebieten und insbesondere auch beim Verwaltungsrechte war es wohl mehr oder weniger Zufall, ob der Gesetzgeber vor der Erlassung des bürgerlichen Gesetzbuches Anlass genommen hatte, sich auf Gewohnheitsrecht zu berufen, da er die Tragweite, die einer solchen Berufung im bürger-

lichen Gesetzbuche zuerkannt wurde, doch unmöglich vorher geahnt haben konnte.

Aber abgesehen hievon geht aus den Berathungsprotocollen zum bürgerlichen Gesetzbuche deutlich hervor, dass die Redactoren sich bei Berathung der im Früheren citirten Ueberschrift der Einleitung des bürgerlichen Gesetzbuches darüber vollkommen klar waren, dass diese Ueberschrift mit der Benennung des Gesetzes selbst übereinzustimmen habe, und dass Gesetz und Ueberschrift sich nur auf das Privatrecht beziehen [1]). Ferner ist aus den Berathungsprotocollen zu entnehmen, dass die Formulirung des §. 10 cit. mit Rücksicht darauf gewählt wurde, dass in dem zu erlassenden bürgerlichen Gesetzbuche selbst Berufungen auf Gewohnheiten vorkamen [2]).

Die vorstehenden Ausführungen haben wohl den Beweis erbracht, dass §. 10 cit. über das Privatrecht hinaus nicht angewendet werden darf, und es sei gestattet, hinzuzufügen, dass gerade mit Rücksicht auf die Bestimmung des §. 10 cit. die richtige Abgrenzung des privaten und öffentlichen Rechtes von besonderer Wichtigkeit ist.

---

[1]) J. Ofner, Der Urentwurf und die Berathungsprotocolle des österr. allg. bgl. Gesetzbuches II, S. 330. Pfaff-Hofmann, Commentar I, S. 113.

[2]) Ofner a. a. O. S. 332. Siehe auch A. Menger, System des Civilprocesses S. 83 ff., der schon vor Veröffentlichung der Berathungsprotocolle die Ansicht vertrat, dass §. 10 cit. sich lediglich auf das Privatrecht beziehe, indem er auf den Unterschied der Ueberschriften der Einleitungen im Josephinischen Gesetzbuche »Von den Gesetzen überhaupt« und im geltenden Gesetzbuche »Von den bürgerlichen Gesetzen überhaupt« aufmerksam machte. Auch der Oberste Gerichtshof hat die Möglichkeit von Gewohnheitsrecht ausserhalb des Privatrechtes (Befreiung von Zehnten und Abgaben) principiell angenommen und demselben nur in concreto derogatorische Kraft abgesprochen (Glaser-Unger Nr. 1946). Siehe ferner Joseph Unger in seiner cit. Rede im österr. Herrenhause S. 440. E. Bernatzik, Materielle Rechtskraft S. 108 und F. Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens S. 12 ff., betrachten die Geltung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Verwaltungsrechtes als selbstverständlich. Ueber J. Ulbrich, Oesterr. Staatsrecht, und die von demselben gemachten Beschränkungen siehe unten S. 13 Anm. 2.

III. Literatur-Uebersicht.

Es wäre vielleicht am Platze, im Anschlusse an die bekämpfte Rechtsanschauung des Verwaltungsgerichtshofes sofort die Frage zu erörtern, ob das Gesetz überhaupt im Stande sei, das Gewohnheitsrecht in wirksamer Weise auszuschliessen. Allein um des Zusammenhanges willen soll diese Controverse erst an späterer Stelle behandelt werden.

Ehe nun die Ansicht O. Mayer's des Näheren dargelegt wird, dürfte es nicht unangemessen erscheinen, vorerst in aller Kürze über die Stellung der Literatur zu unserem Gegenstande Bericht zu erstatten.

Die Literatur des älteren deutschen Staatsrechtes hatte keine Veranlassung, das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes zum Gegenstande einer besonderen Behandlung zu machen. Ebenso, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes war auch im Staatsrechte das Gewohnheitsrecht in seiner normalen Gestalt in vollster Wirksamkeit [1]. Und wenn der absolutistische Polizeistaat der Territorien mit dem Gewohnheitsrechte auf dem Gebiete der Verwaltung willkürlich umsprang, so hatte dies nicht etwa in einer speciellen Eigenschaft dieser Rechtsquelle seinen Grund, sondern in der Natur des Polizeistaates, der auch mit dem gesatzten Rechte nicht besser verfuhr [2]. Erst mit dem Uebergange zum constitutionellen Regierungssystem bot sich Gelegenheit, der Frage näher zu treten, inwieferne diese Regierungsform einen principiellen Einfluss auf das Gewohnheitsrecht genommen

[1]) Auch die derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes wurde in der Wahlcapitulation von 1790 II §. 30 ausdrücklich anerkannt: »Was bei vorigen Reichstagen verabschiedet und geschlossen und durch die nachfolgenden Rechtsconstitutionen oder das rechtmässige Reichsherkommen nicht wieder aufgehoben worden.« Ueber die principielle Frage derogirenden Gewohnheitsrechtes siehe unten S. 23 ff.

[2]) Eine Illustration hiefür bei F. F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechtes S. 449 Note 2.

habe. Hier begegnen wir zuerst Puchta, dessen umfassende Arbeit über das Gewohnheitsrecht auch die staatsrechtlichen Gewohnheiten in constitutionellen Staaten in den Kreis ihrer Erörterungen gezogen hat [1]). Das Problem, dem Puchta hier gegenübersteht, ist von dem auf dem Gebiete des Privatrechtes insoferne verschieden, als es sich nicht um einen historisch zu begründenden Nachweis thatsächlicher Geltung, sondern um eine aprioristische Erörterung über die Möglichkeit zukünftiger Gewohnheitsrechtsrechtsbildung handelt. Gegenüber den unhistorisch entstandenen Verfassungsgesetzen setzt Puchta auf das Gewohnheitsrecht die Hoffnung, dass es den geschriebenen Gesetzen erst ihre volle Kraft geben und eine dauernde Wirksamkeit sichern werde. Hiebei will er nach Ablehnung der zu allgemein und unbestimmt gehaltenen Phrasen »Geist der Constitution« und »öffentliche Meinung«, die von Manchen als dem Staatsrechte eigenthümliche Aeusserungen des Volksgeistes angeführt würden, das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Staatsrechtes ganz in demselben Sinne verstanden wissen, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes [2]). Nur in Bezug auf das Erforderniss, dass der geübte Satz nicht einem höheren, von ihm nicht zu beseitigenden Princip widersprechen dürfe, wird das Verhältniss des Gewohnheitsrechtes gegenüber dem geschriebenen Verfassungsgesetze besonders untersucht, wobei Puchta zu dem Resultate gelangt, dass dieses Erforderniss auch hier bestehe. So werde z. B., so lange die Verfassung eines Staates auf dem monarchischen Princip beruhe, jedes mit diesem unverträgliche Gewohnheitsrecht ausgeschlossen sein. Puchta macht hiezu den characteristischen Zusatz, dass natürlich nicht von jeder Befugniss, die

[1]) 4. Buch 2. Kapitel S. 225 ff.

[2]) Des Interesses wegen sei auf die ablehnende Haltung des Fürsten Bismarck gegen »den angeblichen Geist des constitutionellen Systems« hingewiesen. H. Rosin, Allg. Staatslehre nach Reden u. Schriftstücken des Fürsten Bismarck S. 3.

der Regierung in der Verfassung reservirt sei, behauptet werden könne, dass sie mit jenem Princip in einem wesentlichen Zusammenhang stehe. Schliesslich bemerkt Puchta ausdrücklich, dass keineswegs die Eigenschaft eines höheren Princips jedem in einer geschriebenen Verfassung enthaltenen Satze zugesprochen werden könne.

Es ist nicht möglich, an diesen Ausführungen Puchta's Kritik zu üben, ohne des Näheren auf das vorgebrachte Erforderniss des Gewohnheitsrechtes einzugehen. An jener Stelle, an welcher Puchta ex professo von demselben handelt[1], führt er aus, es gebe Principien des bestehenden Rechtes, welche gewisse Sätze als mit ihnen schlechterdings nicht verträglich ausschliessen, so dass dieselben nicht einmal als jus singulare neben ihm gedacht werden können. Hier müsse, so lange das Princip selbst unverändert bestehe, der ihm widerstrebende Satz als Rechtssatz für unmöglich gehalten werden, und dies gelte nicht bloss von solchen Grundsätzen, die als unabänderlich zu betrachten seien, sondern auch von denen, welche einer Aufhebung unterliegen, und namentlich durch Gewohnheitsrecht beseitigt werden können. So lange dies nicht geschehen sei, haben die letzteren jene Wirkung mit den ersteren gemein. Als Beispiele der ersteren Art fasst Puchta ins Auge, wenn Jemand sich auf einen Gerichtsgebrauch berufen würde, 1. vermöge dessen der Richter ex clausula generali nach seinem unbeschränkten Dafürhalten in integrum zu restituiren hätte; 2. vermöge dessen einem Gläubiger ex obligatione ein possessorisches Rechtsmittel gegen den Schuldner zu gestatten sei; 3. vermöge dessen gewisse Causen der Cognition der Gerichte gänzlich entzogen und schlechthin der Selbsthilfe anheimgegeben werden sollten — weil dies Gewohnheiten wären, denen vermöge ihrer Irrationabilität unmöglich ein Rechtssatz

[1]) a. a. O. S. 49 ff.

zu Grunde liegen könne. Als zur zweiten Art gehörig, bei welcher das höhere Princip selbst abänderungsfähig sei, führt Puchta das Beispiel an, dass gemeines Recht die Möglichkeit eines particulären über einen gewissen Punkt ausschliesse. So lange der gemeine Rechtssatz bestehe, könne keiner particulären Gewohnheit in einem solchen Punkte Autorität beigelegt werden.

Was die angeführten drei Fälle der ersteren Art betrifft, in denen Gewohnheitsrecht wegen eines entgegenstehenden, unabänderlichen höheren Rechtsprincips sich nicht bilden könnte, so ist es wohl nur schwer denkbar, dass derlei Gewohnheiten sich thatsächlich bilden, und dass man in die Lage versetzt wäre, ihnen nur den rechtlichen Character abzuerkennen. Aber abgesehen von der practischen Unmöglichkeit ist die Unzulässigkeit der Bildung von Rechtssätzen, welche derartigen unabänderlichen Rechtsprincipien, die doch nichts anderes sind, als essentialia der Rechtsordnung überhaupt, widersprechen, nichts dem Gewohnheitsrechte Eigenthümliches. Derlei Rechtssätze könnten auch im Wege der Gesetzgebung verbindlich nicht erlassen werden.

Was aber die Fälle der zweiten Art betrifft, bei denen es sich um Rechtsprincipien handelt, die selbst der Abänderung fähig sind, so hat Puchta es verabsäumt, sich die Frage vorzulegen, woran man es, die derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes überhaupt vorausgesetzt, denn erkennen soll, dass die dem höheren Principe widerstreitende Gewohnheit nicht dem Principe selbst derogirt habe. Hätte Puchta sich diese Frage vorgelegt, so wäre er zu dem Schlusse gekommen, dass wegen des Nichtvorhandenseins derartiger Erkennungszeichen es im einzelnen Fall petitio principii wäre, zu behaupten, eine rechtliche Gewohnheit hätte sich wegen des entgegenstehenden Principes nicht bilden können. Dass aber gerade Puchta einem geschriebenen Verfassungsgesetze gegenüber der Bildung von Gewohnheitsrecht eine solche Bedeutung zuerkennt, muss

um so mehr Wunder nehmen, als er an einer anderen Stelle seines Werkes, an welcher er von dem Werthe des Gewohnheitsrechtes von Seite seines Inhaltes handelt, ausdrücklich sagt, dass im Zweifel bei einer Collision der Verfassung und des Gewohnheitsrechtes, weil das letztere aus dem Geiste des Volkes unmittelbar und auf natürlichem Wege hervorgehe, eher ein Grund gegen eine Verfassung liege, welche dem Volk, als gegen ein Volk, welches der Verfassung nicht entspreche [1]). Das von Puchta aufgestellte Erforderniss des Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete der Verfassung besteht daher nicht, und die Geschichte lehrt im Gegentheile, dass die Ausgleichung widerstreitender Rechtsprincipien gerade auf dem Wege gewohnheitsrechtlicher Bildung in aller Regel in allmähligen Uebergängen erfolgt, und nur höchst ausnahmsweise durch eine sprunghafte Ablösung des einen durch das andere.

Was speciell das von Puchta erwähnte Beispiel des monarchischen Princips anbelangt, so bietet die Verfassungsgeschichte der europäischen Staaten mehrfach eine Illustration des allmähligen Zurückweichens dieses Princips vor dem ihm entgegenstehenden der Herrschaft des Parlamentes.

Puchta's Lehre hat eine wesentliche Steigerung erfahren bei Gerber in der Richtung, dass bei diesem die höchsten Principien der Verfassung, welche dem Einflusse der fortschreitenden Rechtsbildung im Staate entrückt sein sollen, durch Gewohnheitsrecht überhaupt nicht abgeändert werden können [2]).

Gerber hat damit die Schwierigkeit, welche sich bei der Ansicht Puchta's ergab, im einzelnen Falle zu erkennen, ob die dem höheren Principe widerstreitende Gewohnheit nicht diesem Principe selbst derogirt habe, gründlich beseitigt.

---

[1]) a. a. O. I. Th. S. 221.

[2]) Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts S. 12. Uebereinstimmend Blumer-Morel, Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts S. 14.

Irgend einen Grund dafür, dass die derogirende Kraft des Gewohnheitsrechtes gegenüber den höchsten Principien der Verfassung schwächer sei, als gegenüber andern Bestimmungen des Verfassungs- und des Gesetzesrechtes, hat Gerber nicht angegeben.

Lüders hat der Lehre vom Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung eine eigene Abhandlung gewidmet, die indess den Gegenstand nicht von principiellen Gesichtspunkten aus behandelt und deshalb ihrer Aufgabe nicht gerecht wird [1].

In Bezug auf die von Puchta und Gerber behandelte Frage geht Lüders nicht so weit wie diese, und meint, dass nur particuläre und autonomische Gewohnheiten im Widerspruch mit einer Verfassungsbestimmung nicht rechtliche Geltung beanspruchen können [2]. Gegen die fundamentalen Ordnungen unseres Staatswesens sei, wenn der Staat überhaupt einen dauernden Bestand haben solle, ein Widerspruch in den einzelnen Abtheilungen des Staates nicht denkbar. Mache ein solcher in der Praxis sich geltend, oder habe derselbe aus früherer Zeit sich erhalten, so müsse derselbe sofort auf dem Verwaltungswege beseitigt werden.

Gegen diese Ausführungen ist, was das autonomische Gewohnheitsrecht anbelangt, worunter Lüders das Gewohnheitsrecht innerhalb einer Corporation versteht, einfach daran zu erinnern, dass Lüders selbst an einer früheren Stelle seiner Abhandlung die communis opinio ausdrücklich anerkennt, vermöge welcher die Autonomie die durch die allgemeinen Staatsgesetze und namentlich die generellen Gemeindeordnungen gesteckten Grenzen nicht überschreiten dürfe [3].

---

[1]) Kiel 1863; siehe auch die Bemerkung Otto Mayer's über diese Abhandlung, Verwaltungsrecht I, S. 131, Anm. 19.

[2]) a. a. O. S. 93 ff.

[3]) a. a. O. S. 88. Siehe auch die Entscheidung des preussischen Oberverwaltungsger. v. 14. Sept. 1887, Bd. XV, S. 181.

Es ist daher nur eine nothwendige Folge, dass auch auf dem Wege der Gewohnheit sich Autonomie gegen das Gesetz, geschweige gegen die Verfassung nicht bilden kann. Diese Einschränkung der Bildung von Gewohnheitsrecht durch die Verfassung ist daher eine nur scheinbare.

Was jedoch die Bildung particulären Gewohnheitsrechtes im Widerspruch mit der Verfassung betrifft, so ist diesbezüglich auf die folgende principielle Untersuchung über das Verhältniss von Gesetz und Gewohnheit zu einander zu verweisen.

Aus jüngster Zeit sind hervorzuheben Laband's Ausführungen über die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes, die sich jedoch nicht nur auf das öffentliche Recht beziehen und daher an späterer Stelle zu berücksichtigen sein werden [1]. Alle übrigen Schriftsteller beschränken sich darauf, ohne eingehende grundsätzliche Behandlung die Geltung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes anzuerkennen, beziehungsweise einzuschränken, beziehungsweise zu negiren [2].

Nunmehr soll die Lehre Otto Meyer's zur Darstellung gelangen [3]. Nach diesem sind die Voraussetzungen für die

---

[1]) Staatsrecht des deutschen Reiches II, S. 95 ff.

[2]) R. v. Mohl, Württemb. Staatsrecht I, S. 76, H. Schulze, Preuss. Staatsrecht I, S. 11, G. Meyer, Staatsrecht S. 177, Ders., Verwaltungsrecht I, S. 8, M. v. Seydel, Bairisches Staatsrecht III, S. 549, u. a. anerkennen die Geltung von Gewohnheitsrecht, indem sie zumeist ausdrücklich constatiren, dass demselben gegenüber dem geschriebenen Rechte nur geringe Bedeutung zukomme. Laband (a. a. O.) negirt die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechts, wie überhaupt, so für das öffentl. Recht. Laband haben sich Zorn, Ulbrich u. a. angeschlossen. Ulbrich (Oesterr. Staatsrecht S. 63) schliesst des weitern Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Verwaltungsstrafrechtes gänzlich aus und bezeichnet als Anwendungsgebiet desselben die Usualinterpretation von Gesetzen, die Ausfüllung von Lücken in der Gesetzgebung und die Entstehung von Observanzen im Schosse der Selbstverwaltungs- und Vertretungskörper. Vollkommen geleugnet wird Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung von Grotefend, Preuss. Verwaltungsrecht S. 37.

[3]) a. a. O. S. 130 ff.

Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes in der Verwaltung ganz andere, als in der Justiz. Diese könne nur auf Grund von Rechtssätzen thätig werden. Fehle gesetztes Recht, so müsse sie Gewohnheitsrecht nehmen. Ganz anders die Verwaltung. Der Polizeistaat habe ohne Rechtsordnung in unserem Sinne verwaltet. Auch im Rechtsstaate sei für die Verwaltung die Rechtsordnung niemals so ganz ihre eigene Daseinsbedingung, wie für die Justiz. Sie erscheine in ihr nur »möglichst«. Soweit kein Rechtssatz da sei, werde doch verwaltet, und es sei auch gut. Die Verwaltung sei also im Gegensatze zur Justiz nicht darauf angewiesen, ein nicht gesetztes Recht in ihrem Gegenstande selbst zu suchen und aufrecht zu halten. Ja noch mehr. Wo gesetztes Recht fehle, da sei es so gewollt und solle ordentlicher Weise so bleiben. Wenn kein gesetzlicher Rechtssatz bestehe, der die Behörde zu gewissen Eingriffen in Freiheit und Eigenthum ermächtige, so beweise das, dass die gesetzgebende Gewalt solche Eingriffe nicht zulassen wollte. Wo bleibe ihr verfassungsmässiger Vorbehalt, wenn die Verwaltung sich die nöthigen Rechtssätze durch längere Uebung selbst erzeugen könnte. Wo andererseits die zur Rechtssetzung berufenen Gewalten den Behörden der vollziehenden Gewalt überlassen haben, nach pflichtmässigem Ermessen im Einzelfall das Gute und Nützliche zu schaffen, da können sich diese nicht unter eine von anderswoher genommene, bindende Regel stellen, um sich der Pflicht und Verantwortlichkeit zu entziehen. Die Entstehung von Gewohnheitsrecht für die Verwaltung sei durch die allgemeinen Grundsätze unseres öffentlichen Rechtes von selbst ausgeschlossen. Das gelte jedoch nicht ohne Ausnahme und habe nicht zu allen Zeiten gegolten. Im alten Staatswesen, das durchweg von civilrechtlichen Gedanken beherrscht gewesen, habe Gewohnheitsrecht in reichem Masse gegolten. Der Polizeistaat habe damit aufgeräumt und die Scheidung vollzogen. Für die eigentliche obrigkeitliche

Gewalt gebe es keine Rechtsschranke. Nur in den unterhalb der staatlichen Befehls- und Ordnungsgewalt stehenden Verbänden bleibe Gewohnheitsrecht wirksam. Ebenso in den Beziehungen zwischen Fiscus als Civilrechtssubject und den Einzelnen. Alte Gewohnheit rage damit als eine Rechtsquelle des Verwaltungsrechtes in die Gegenwart herein. Ebenso könne sich heute noch innerhalb eines durch rechtliche Gemeinschaft verbundenen Kreises für die Behandlung der auf diese Gemeinschaft bezüglichen Verhältnisse Gewohnheitsrecht (Observanzen) bilden, weil die Stellung der staatlichen Behörden diesen Rechtsverhältnissen gegenüber der des Civilrichters verwandt sei. Aber auch innerhalb dieses engen Kreises sei die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechtes durch sein Verhältniss zum Gesetze beschränkt. Die in einzelnen Gesetzbüchern ausgesprochene Beseitigung des Gewohnheitsrechtes überhaupt, auch des ergänzenden, gelte nicht ohne Weiteres auch für das Verwaltungsrecht. Wohl aber verallgemeinere sich von selbst die anderwärts ausgesprochene Unzulässigkeit derogirenden Gewohnheitsrechtes, denn das gesetzte Recht sei unmöglich auf dem Gebiete der Verwaltung seiner Kraft nach geringer.

Wir halten diese Ausführungen O. Mayer's für principiell unzutreffend und haben gegen dieselben insbesondere die folgenden Einwendungen zu erheben:

1. Die zum Schlusse seiner Erörterung ausgesprochene Meinung, dass die in einem einzelnen Gesetzbuche verfügte Beseitigung des derogirenden Gewohnheitsrechtes sich von selbst verallgemeinere, während dies bei der Beseitigung des ergänzenden Gewohnheitsrechtes nicht der Fall sei, beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Verhältnisses von Gesetz und Gewohnheit zu einander.

2. Es ist mit den geschichtlichen Thatsachen im Widerspruche, dass es im absoluten Staate für die eigentliche obrigkeitliche Gewalt keine Rechtsschranke gegeben, und dass Gewohnheitsrecht nur im öffentlichen Verbandsrechte

und in den Beziehungen zwischen Fiscus und Einzelnen bestanden habe.

3. Der verfassungsmässige Vorbehalt, dass Verwaltungshandlungen nicht ohne gesetzliche Ermächtigung vorgenommen werden dürfen, und das freie Ermessen haben nicht die Bedeutung, das Gewohnheitsrecht im constitutionellen Staate auf dem Gebiete der Verwaltung auszuschliessen.

4. Es ist demgemäss keine Ausnahme von der allgemeinen Beseitigung des Gewohnheitsrechtes auf dem Gebiete der Verwaltung, dass solches sich im öffentlichen Verbandsrechte bilden kann. Der Erklärungsgrund dieser angeblichen Ausnahme, dass die staatlichen Behörden diesen Rechtsverhältnissen gegenüber eine der Stellung des Civilrichters verwandte Stellung haben, ist an sich zutreffend, bildet aber kein Erforderniss für die Bildung von Gewohnheitsrecht.

Alle hier erhobenen Einwendungen sollen nunmehr im Einzelnen besprochen werden, wobei, wie bereits in der Einleitung bemerkt wurde, die Erörterung sich auf das Staats- und Verwaltungsrecht erstrecken soll.

IV. Verhältniss von Gesetz und Gewohnheit zu einander.

Die nachfolgende Untersuchung über das Verhältniss der beiden Rechtsquellen zu einander bezieht sich ausschliesslich auf unsere Gegenwart. Die Rechtsbildung geht auf verschiedenen Lebensstufen der Völker verschieden vor sich, und mit Recht hat Zitelmann[1]) der Puchta-Savigny'schen Theorie von der Entstehung des Gewohnheitsrechtes, welche dasselbe als unmittelbaren Ausfluss des Volksgeistes und die Uebung als Anwendung des schon vorhandenen Rechtes betrachtet, den Vorwurf gemacht, dass sie ihre Beobachtungen bloss auf das Kindesalter der Völker beschränkte und die Resultate derselben als für alle Zeiten giltig verallgemeinerte.

[1]) Gewohnheitsrecht und Irrthum, Jahrg. 1883 d. Archiv f. civil. Praxis S. 431 ff.

Um nur die schärfsten Gegensätze der Rechtsbildung in verschiedenen Perioden hervorzuheben, leuchtet es wohl von selbst ein, dass in jenen ersten Entwicklungsstadien des Volkslebens, in welchen die Lebensverhältnisse einfach und durchsichtig, die Ueberzeugung von dem, was Recht ist, unmittelbar und allgemein lebendig, objectives und subjectives Recht noch nicht von einander geschieden sind, die Rechtsbildung eine ganz andere ist, als in dem complicirten und mannigfach differenzirten, kaum übersehbaren Getriebe des Volkslebens unserer Tage, in welchem die Scheidung von Rechtsbildung und Rechtsanwendung das wichtigste Princip für die Organisation der Staatsgewalt bildet. Die Stellung der Gewohnheit als ausschliesslich herrschende und als secundäre Rechtsquelle neben der Gesetzgebung kennzeichnet bei uns die beiden Endpunkte der Entwicklung.

Unser Urtheil über dieses Resultat der Entwicklung muss wesentlich von dem speciellen Werdegang in den einzelnen Staaten abhängen. Denn absolut betrachtet, haben beide Rechtsquellen ihre Licht- und Schattenseiten. Welche Kraft der Ueberzeugung wohnt dem Gewohnheitsrecht inne, das die Rechtsgenossen sich unter steter Mitwirkung erarbeitet haben, und das als ein Theil ihrer Lebensanschauung mit ihnen gewachsen ist! Wie fremd und oft apathisch steht dagegen die Masse dem Gesetzesrechte gegenüber, wie wird es, weil es nicht verstanden wird, vielfach als Willkür und Rechthaberei gefürchtet! Wer wollte andererseits die grossen Nachtheile verkennen, welche das Gewohnheitsrecht mit seinem unvermeidlichen Gefolge, dem Mangel an Sicherheit und Einheit des Rechtes hervorruft. Man denke nur an die Zeit unmittelbar vor der Erlassung der Zwölftafelgesetze in Rom, um zu begreifen, dass die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes durch bösen Willen bis zur Unerträglichkeit gesteigert werden kann. Wie leicht aber kann wiederum der Vortheil der Rechtseinheit in den Fehler schablonenhafter Gleichstellung an sich ungleicher Verhältnisse verfallen.

Am glücklichsten war der Entwicklungsgang bei denjenigen Völkern, bei welchen die Unsicherheit des Gewohnheitsrechtes durch Rechtsaufzeichnungen oder Codificationen, die anfänglich von einander nicht zu unterscheiden sind [1]), behoben wurde, während die zeugende Kraft des Gewohnheitsrechtes selbst unbehindert erhalten blieb. So sehen wir in Rom nach dem Zwölftafelgesetz [2]), in England nach den theils officiellen, theils privaten Sammlungen gerichtlicher Entscheidungen [3]), in Frankreich nach den officiellen Rechtsaufzeichnungen [4]) die Gewohnheit im Anschluss an das bestehende Recht ihre schöpferische Kraft weiter entfalten. Leider wurde in Deutschland in Folge der Reception des römischen Rechtes und in Folge der politischen Verhältnisse [5]) eine gleiche Behauptung des nationalen Gewohnheitsrechtes unmöglich gemacht.

---

[1]) Mit Recht sagt Savigny, Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, 2. Aufl. S. 19: »Wir würden viele Mühe gehabt haben, unseren Vorfahren den Unterschied eines Rechtsbuches als einer Privatarbeit von einem wahren Gesetzbuche deutlich zu machen, den wir als so natürlich und wesentlich denken.«

[2]) Es ist bekannt, dass das Zwölftafelgesetz der Ausgangspunkt der gesammten, sich unmittelbar an dasselbe anschliessenden Rechtsentwicklung wurde, indem Gericht und Wissenschaft mittelst Analogie und schöpferischer Neugestaltung die Bestimmungen des geschriebenen Rechtes sinngemäss erweiterten und fortbildeten, worin das Wesen der specifischen interpretatio legis XII tabularum gelegen ist. Puchta, Institutionen §. 78; Jhering, Geist des römischen Rechtes, 2. Aufl., II, S. 61.

[3]) Stephens' Commentaries of the laws of England (7. Aufl.), I, S. 49 ff. Auch in der Gegenwart prävalirt in England, insbesondere im öffentlichen Rechte die Gewohnheit als Rechtsquelle so sehr, dass man nach E. Boutmy, Études de droit constitutionnel S. 25 von ergänzendem Gesetzesrechte sprechen kann.

[4]) Artikel »coutume« im Dictionnaire de l'administration française von Maurice Block.

[5]) Vor Allem waren es die nach absoluter Macht strebenden Landesfürsten, welche, gestützt auf die Theorie des canonischen Rechtes, dass die gesetzgebende Kirchengewalt befugt sei, die Gewohnheiten auf ihre ratio oder justa causa zu überprüfen und böse oder unvernünftige Gewohnheiten abzuschaffen, das Gewohnheitsrecht bekämpften. Beispiele ausdrücklicher Abschaffung von Gewohnheiten auf Grund kaiserl. Machtvollkommenheit schon

Für eine Periode so entwickelten Verkehrs, wie ihn unsere Gegenwart besitzt, muss es jedoch schwer fallen, mit der blossen Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht auszukommen, und der Umstand, dass auch das in seinem Rechtsleben so überaus conservative England nunmehr mit dem Gewohnheitsrecht nicht mehr ausreicht und zu Codificationen zu schreiten bemüssigt ist, spricht am lautesten für die Unzulänglichkeit dieser Rechtsquelle in unserer Zeit.

Speciell in einem aus so heterogenen Elementen zusammengesetzten Staatswesen, wie es Oesterreich ist, musste das sich vorzugsweise doch nur particulär bildende Gewohnheitsrecht auch aus dem Grunde beseitigt werden, um durch einheitliche Codificationsacte gleiches Recht für alle unter dem Scepter der Dynastie vereinigten Länder zu erreichen [1]).

---

aus dem 15. Jahrhundert bei Puchta a. a. O. II, S. 52, Anm. 60. — Es ist eine gewiss interessante Parallele, dass Karl der Grosse, Ferdinand II. von Oesterreich und Friedrich der Grosse gleichmässig das Gewohnheitsrecht in der Weise zu beseitigen streben, dass sie Fälle, hinsichtlich deren im Gesetze nichts vorgesehen sei, ihrer Entscheidung vorbehalten. Bezügl. Karl's des Grossen siehe das bei Ernst Meier, Die Rechtsbildung in Kirche und Staat S. 60 abgedruckte Capit. a. 875 c. 1 (Pertz I, 529): »Sed tantum secundum scripturam judicent, ut nullatenus audeant secundum arbitrium suum judicare, sed discant pleniter legem scriptam. De quo autem non est scripta, hoc nostro consilio offeratur.« Hinsichtlich Ferdinand's II. kommt die verneuerte Landesordnung für Böhmen vom Jahre 1627 in Betracht, in der der König sich vorbehält, in jenen Fällen, die in der Landesordnung nicht ausdrücklich vorgesehen sind und die bisher nicht durch geschriebenes Recht, sondern nach Befund der Rechtsbeisitzer und auf vorher ergangene praejudicia erörtert worden, durch constitutiones regias zu entscheiden. — Ueber die gleichartige Verfügung Friedrich's II. siehe Savigny a. a. O. S. 88. — Noch sei daran erinnert, dass auch die Brünner Redactoren des österr. bürgerl. Gesetzbuches auf demselben Standpunkte standen. Pfaff-Hofmann, Commentar I, S. 223.

[1]) Schon Maximilian I. hatte 1517 für die fünf n.ö. Lande eine gemeinsame Bergordnung erlassen. Nach Bidermann, Geschichte der österr. Gesammtstaatsidee, waren die Codificationsacte Ferdinand's I. (Polizeiordnung von 1542 für die nieder- und innerösterr. Lande einschliesslich Görz, das Hausirpatent von 1544 u. dgl. a. a. O. I, S. 15) und Karl's VI. (a. a. O. S. 61 ff.) bewusst centralisirende Massnahmen dieser Regenten. Die eigentliche Verwirklichung findet jedoch diese Tendenz erst in den grossen Codi-

Wie dem auch sei, muss es als ein grosses Verdienst der historischen Schule der Rechtswissenschaft in Deutschland bezeichnet werden, das Gewohnheitsrecht in seinem inneren Werthe erkannt und auf die grosse Bedeutung desselben in der geschichtlichen Entwicklung des Rechtes hingewiesen zu haben.

Dass die liebevolle Vertiefung in die Geschichte des Rechtes, der die deutsche Rechtswissenschaft zu Beginn unseres Jahrhunderts ihre Wiedergeburt verdankt, zur Ueberschätzung des Gewohnheitsrechtes führte, kann nicht überraschen. Indem die historische Schule gegenüber einer Gegenwart, welche in dem Rechte nur den Willensausdruck eines über dem Volke stehenden autokratischen Regimentes respectirte, den lebendigen Zusammenhang des Rechtes mit

---

ficationen Maria Theresia's und Joseph's II., welche das Gewohnheitsrecht direct ausschliessen. So beseitigen die Militärgrenzrechte vom 18. Juni 1754 und das Theresianische Strafgesetz das Gewohnheitsrecht. Desgleichen schliesst die Josephinische Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 im Kundmachungspatente, sowie im §. 437 jeden »widrigen Gebrauch« aus (die entgegengesetzte Ansicht vertritt A. Menger, System des österr. Civilprocesses I, S. 83 ff., dagegen Max Burckhard, System I, S. 137). Das Josephinische bürgerl. Gesetzbuch vom 1. Nov. 1786 bezeichnet die Bildung von Gewohnheitsrecht in §. 9 geradezu als ein strafbares Beginnen und bestimmt in §. 11, dass auf Gewohnheitsrecht nur dann gesehen werden könne, wenn ein Gesetz zwar die Hauptsache entscheidet, in Betreff der Umstände aber sich auf den Landesgebrauch und die bisherige Beobachtung bezieht. Das westgalizische Gesetzbuch (I, §. 22) verbietet gleichfalls, auf Gewohnheitsrecht Rücksicht zu nehmen und gestattet nur die Usualinterpretation. Ueber den §. 10 des geltenden bgl. Gesetzb. siehe oben S. 6. — Die deutschen Gesetzgebungen dieser Zeit ausserhalb Oesterreichs nehmen im Ganzen keinen so schroffen Standpunkt gegen das Gewohnheitsrecht ein. So schliessen das preussische Landrecht (Einleitung §. 60) und das sächsische Gesetzbuch (§. 28) das Gewohnheitsrecht contra legem aus; das badische Landrecht (Art. 6d) anerkennt Gewohnheitsrecht als Auslegungsmittel von Gesetzen und Verträgen; das bairische Landrecht (I, 2, §. 15) endlich lässt Gewohnheitsrecht zu und führt die Geltung desselben auf die muthmassliche Uebereinstimmung mit dem Willen des Landesfürsten zurück. — Der Code Napoleon beruft sich in einigen Artikeln auf Gewohnheitsrecht, ohne principiell eine Bestimmung über dasselbe zu treffen, so dass die principielle Geltung bestritten ist.

dem Volksgeiste erkannte, konnte sie leicht dazu gelangen, sich gegen die Rechtssatzung allzu ablehnend zu verhalten. Der Uebergang zu der constitutionellen Regierungsform, der sich seitdem in Deutschland und Oesterreich vollzogen hat, gewährt durch die organische Verbindung des Volkes mit der Gesetzgebung die Möglichkeit, dass auch durch diese die aus dem Volksgeiste hervorquellenden Rechtsideen in positives Recht umgesetzt werden können, so dass die Gesetzgebung sich nicht, wie Savigny gemeint hat, auf die Aufzeichnung von Gewohnheitsrecht und die Entscheidung von Controversen zu beschränken braucht [1]). Man kann sich daher auch vom Standpunkte der historischen Betrachtungsweise des Rechtes dabei beruhigen, dass das Gewohnheitsrecht auf den Altentheil einer secundären Rechtsquelle gesetzt wurde. Dagegen schliesst es eine ernste Gefährdung des Rechtslebens in sich, das Gewohnheitsrecht auch dort auszuschliessen, wo sich im Gesetzesrechte selbst Lücken finden, wie sich dies im Folgenden ergeben wird [2]). Eine solche Ausschliessung ist um so weniger berechtigt, als sich die Gewohnheit vermöge ihrer secundären Stellung im Verhältnisse zum Gesetze regelmässig nur zu dem Zwecke der Ausfüllung von Lücken der Gesetzgebung, als parallel fliessende Rechtsquelle bethätigen wird. Je mehr es aber dem Gesetzgeber darum zu thun ist, die Gewohnheit zu beseitigen, desto weniger darf er übersehen, dass auch die gelungenste Codification nur den Bedürfnissen ihrer Zeit Genüge zu thun vermag, und dass daher die Nothwendigkeit besteht, durch periodische Revision und Ergänzung der Gesetze der fortdauernd im lebendigen Flusse befindlichen Rechtsentwicklung Rechnung zu tragen.

---

[1]) Savigny a. a. O. S. 132 hat hiebei wohl ausschliesslich an das Privatrecht gedacht. Allein selbst für dieses hat die Gesetzgebung schöpferische Aufgaben in genügender Zahl.

[2]) Gierke, System des deutschen Privatrechtes I, S. 174; Ders., Der Entwurf eines bgl. Gesetzbuches S. 124 ff.

Indem wir uns nun der dogmatischen Seite des Verhältnisses von Gesetz und Gewohnheit zu einander zuwenden, haben wir die nachstehenden zwei Fragen zu beantworten: 1. Wie steht es mit der derogatorischen Kraft der Gewohnheit? 2. Vermag der Gesetzgeber die Bildung von Gewohnheitsrecht pro futuro wirksam zu untersagen?

Es würde zu weit führen, wollten wir zur Beantwortung dieser Fragen auf die verschiedenen Theorien über den Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes eingehen. Es möge daher gestattet sein, diesbezüglich auf Zitelmann[1]) zu verweisen und sich hier darauf zu beschränken, die eigene Grundanschauung, welche den Ausgangspunkt der folgenden Erörterung bildet, kurz zu kennzeichnen.

Nach dieser Grundanschauung ist die Gewohnheit eine originäre und nicht etwa eine von dem Gesetze abgeleitete Rechtsquelle. Der Geltungsgrund des Gewohnheitsrechtes ist daher in diesem selbst gelegen. Die staatliche Anerkennung ist ein wesentliches Merkmal alles Rechtes und daher auch des Gewohnheitsrechtes. Diese ist aber nicht so zu denken, wie die Anhänger der sog. Gestattungstheorie meinen, dass es dem Staate frei stehe, dem aus der Gewohnheit hervorgegangenen abstrakten Satze die Anerkennung als Rechtssatz zu gewähren oder zu versagen. Worauf es ankommt, ist vielmehr, dass die einzelnen Acte, deren Uebung die Bildung der Gewohnheit bewirkt, vom Staate als rechtmässig anerkannt sind. Ist dies der Fall, dann ist die Gewohnheit eo ipso Rechtsgewohnheit.

Die Entstehung des Gewohnheitsrechtes geht nach dem Gesagten in der Weise vor sich, dass, wenn die concreten Rechtsverhältnisse einer Kategorie seit Menschengedenken gleichartig gestaltet worden sind, der denselben zu Grunde

[1]) Zitelmann in der citirten Abhandlung; eine kurze und übersichtliche Darstellung der verschiedenen Theorien bei Gierke, System des deutschen Privatrechtes I, S. 162 ff.

liegende abstrakte Satz allgemein als objectives Recht anerkannt wird. Dieser Uebergang von der Geltung eines Satzes in concreten Fällen zur Geltung als Norm für alle künftigen Fälle ist nur volkspsychologisch zu erfassen und beruht auf der individualpsychologischen Anlage der Menschen, sich aus den Erfahrungen der Vergangenheit die Regeln für das Verhalten in der Zukunft zu bilden [1]).

ad 1. Die Frage nach dem Grunde der derogatorischen Kraft der Gewohnheit gehört zu den schwierigsten Problemen der Rechtswissenschaft. Die Thatsache, dass Gesetzesrecht ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers ausser Kraft tritt und durch Gewohnheitsrecht ersetzt wird, ist als solche nicht zu bestreiten, steht aber mit unserer Anschauung von der bindenden Kraft der Gesetze im directen Widerspruche. Laband [2]) sucht nun im Anschluss an die ältere Lehre, dass Gesetzes- und Gewohnheitsrecht Ausfluss eines und desselben staatlichen Willens sind, die Schwierigkeit dadurch zu lösen, dass er das Ausserkrafttreten des Gesetzesrechts auf den stillschweigenden Willen des Gesetzgebers selbst zurückführt. Wenn die Voraussetzungen nicht mehr bestehen, für welche allein der Gesetzgeber das Gesetz erlassen habe, so habe dasselbe seine Kraft verloren. Die derogatorische Kraft des Gewohnheitsrechtes reducire sich daher auf die Interpretation des Gesetzes und auf die Regel, dass das Gesetz auf solche Fälle nicht anzuwenden sei, auf welche es selbst nicht angewendet werden wolle.

Diese Beweisführung ist insofern richtig, als es thatsächlich Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes gibt, in welchen vermöge der geänderten Voraussetzungen angenommen werden kann, dass der Gesetzgeber selbst das Ausserkrafttreten des entgegenstehenden Gesetzes stillschweigend gewollt habe.

---

[1]) Ueber diesen psychologischen Vorgang siehe Zitelmann a. a. O. S. 446 ff. und Carl Menger, Untersuchungen S. 271 ff.

[2]) a. a. O.

Allein unrichtig ist die Verallgemeinerung dieses Erklärungsgrundes auf alle Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes und die Meinung, hiedurch das Problem erschöpfend gelöst zu haben. Denn es gibt Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes, bei welchen die Voraussetzungen, unter denen das derogirte Gesetz erlassen wurde, eine Aenderung nicht erfahren haben, und auf welche daher dieser Erklärungsgrund nicht angewendet werden kann.

Es ist naheliegend, dem Gedankengange Laband's Folge leistend, vor allem nach weiteren Erklärungsgründen zu suchen, bei welchen die Schwierigkeit, dass Gesetze gegenüber dem Gewohnheitsrechte ohne Dazuthun des Gesetzgebers ihre bindende Kraft verlieren, gleichfalls dadurch behoben wird, dass die Annahme berechtigt erscheint, die Gesetze haben nicht in Folge der entgegenwirkenden Gewohnheit ihre Kraft verloren, sondern das entgegengesetzte Gewohnheitsrecht habe sich bilden können, weil die im Wege stehenden Gesetze keine Wirksamkeit mehr besessen hatten. Thatsächlich lassen sich noch mehrere derartige Erklärungsgründe auffinden. Erstens, wenn in Folge eines allgemeinen Rechtsirrthums die Nichtgeltung des entgegenstehenden Gesetzes angenommen wurde, wie z. B. wenn allgemein irrthümlich geglaubt wurde, ein Gesetz sei durch ein späteres Gesetz aufgehoben worden oder bei constant irrthümlicher Interpretation eines Gesetzes[1]); zweitens, wenn das entgegen-

[1]) Der Rechtsirrthum der Nichtgeltung eines Gesetzes ist verwandt mit dem Rechtsirrthum der Geltung eines Nichtgesetzes, welcher gleich jenem zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen kann, indem dasjenige, was ursprünglich als Putativgesetz galt, mit der Zeit die Kraft von Gewohnheitsrecht erhält und als solches, wie Zitelmann a. a. O. überzeugend nachgewiesen hat, auch nach Aufdeckung des Irrthums in Geltung bleibt. Das grossartigste Beispiel hiefür bietet wohl die Reception des römischen Rechtes in Deutschland. Das Richteramt war nicht, wie Bülow, Gesetz und Richteramt S. 24 ff., meint, selbst die Rechtsquelle, sondern nur das Organ der Verwirklichung dieses Putativgesetzes. Siehe auch Zitelmann a. a. O. S. 351. Geleugnet wird

stehende Gesetz vorerst in Vergessenheit gerathen war[1]); drittens, wenn man vermöge des Inhaltes eines Gesetzes nicht annehmen konnte, dass der Gesetzgeber es ernstlich gewollt habe[2]).

Was insbesondere den an zweiter Stelle angeführten Erklärungsgrund betrifft, so bieten die Gesetzessammlungen der vielgeschäftigen und vielnormirenden Periode des Polizeistaates überaus zahlreiche Beispiele von Gesetzen, denen das wohlverdiente Schicksal, der Vergessenheit anheimzufallen, zu Theil wurde[3]).

---

die Annahme eines Putativgesetzes als wirksame Kraft der Reception von G. Rümelin, Das Gewohnheitsrecht, im 27. Bd. der Jahrbücher f. Dogmatik etc. S. 200. Das preussische Oberverwaltungsgericht hat auch nach Zitelmann's Abhandlung (Entsch. v. 30. Juni 1886, Bd. XIII, S. 248 und Entsch. v. 14. Sept. 1887, Bd. XV, S. 181) daran festgehalten, dass eine auf Irrthum beruhende Ueberzeugung kein Gewohnheitsrecht begründe, nachträglich aber die entgegengesetzte richtige Ansicht sich zu eigen gemacht (Entsch. v. 29. Oct. 1887, Bd. XV, S. 222). Im Irrthum ist Lüders a. a. O. S. 95, wenn er an dem Beispiele der octroirten Verfassung von Hannover darthun will, dass ein octroirtes Gesetz auch erst durch Gewohnheit Recht werde. Hier liegt vielmehr ein wirkliches Gesetz mit vorhergegangenem Rechtsbruch vor, wobei mit der Zeit das ursprünglich erzwungene Gesetz im Volksbewusstsein Wurzel fasste. Einen analogen Fehler unzulässiger Verallgemeinerung wie Laband begeht Burckhard a. a. O. S. 62 u. 63, wenn er Irrthum als allgemein nothwendige Voraussetzung für die Entstehung derogirenden Gewohnheitsrechtes ansieht.

[1]) Dieser Erklärungsgrund findet sich wiederholt in der Literatur angedeutet. Siehe insbesondere Wendt im 22. Bd. des Jahrbuchs f. Dogmatik etc. S. 328.

[2]) Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen S. 77, theilt ein preussisches Edict aus dem Jahre 1739 mit, welches decretirte, dass »wenn ein Advocat oder Procurator oder ander dergleichen Mensch . . . Leute aufwiegeln würde, um in abgethanen und abgedroschenen Sachen Sr. Maj. immediate Memoralia zu übergeben, alsdann S. M. einen solchen Advocaten . . . ohne alle Gnade und Pardon aufhängen und neben ihm einen Hund hängen lassen wollen«. Ein solches Gesetz konnte man wohl nicht Ernst nehmen.

[3]) Aus der bunten Menge derartiger österreichischer Gesetze, wohin auch die alten Kleider- und Luxusordnungen, insofern dieselben nicht etwa ausdrücklich aufgehoben wurden, gehören, seien angeführt: 1. Verordn. v. 9. Januar 1764, dass die Aerzte den Kranken bei der dritten Visite die heiligen Sacra-

Ohne Zweifel werden Gesetze um so weniger in der angegebenen Weise ausser Kraft treten und der Bildung entgegengesetzten Gewohnheitsrechtes Raum gewähren, je fester dieselben im Rechtsbewusstsein des Volkes wurzeln und je stärker die ihnen zukommende Autorität ist. Diese Erkenntniss war es, welche Puchta und Gerber zu ihren an früherer Stelle besprochenen Beschränkungen der derogirenden Kraft des Gewohnheitsrechtes gegenüber den Verfassungsgesetzen geführt hat [1]).

Die angeführten Erklärungsgründe reichen jedoch insgesammt nicht aus, um alle Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes in dem erörterten Sinne erklären zu können. Es gibt vielmehr thatsächlich Fälle, in welchen man zur Annahme gezwungen ist, dass das Gesetzesrecht direct durch die entgegenwirkende Gewohnheit beseitigt wurde. Wenn Laband meint, dass, solange der Staat seinen Befehl, dass ein gewisser Rechtssatz gelten solle, aufrecht erhält, Unterthanen und Behörden diesen Befehl nicht unbeachtet lassen und noch weniger ihn durch Nichtbefolgung aufheben können, so ist das eine petitio principii. Das eben ist die Frage, die erst zu entscheiden ist, ob das, was im Widerspruche mit dem Gesetze geschieht, unter allen Umständen und für alle Zeiten Unrecht bleibt? Mit allem Nachdrucke muss es gesagt werden, dass die Gesetzgebung allein der rechtmässige Weg ist, auf welchem der Widerspruch des Volksbewusstseins gegen ein ungeeignetes Gesetz seine Befriedigung zu finden hat, und dass es Pflicht der Behörden ist, jeder dem Gesetze widerstreitenden Uebung, möge dieselbe auch nach ihrer Ansicht weit gerechter und

---

mente haben reichen zu lassen (Ges.Sammlg. Maria Theresia's IV, S. 261); 2. Hofdecret v. 14. Aug. 1783, dass Mädchen mit Mieder nicht in die Schulen aufgenommen und dort nicht geduldet werden sollen (Ges.Sammlg. Joseph's II. Bd. I, S. 372); 3. Hofkzldcr. v. 13. Sept. 1798, dass in Kaffeehäusern literarische Journale nicht gehalten werden dürfen (Ges.Sammlg. Franz' I., XIII, S. 51).

[1]) Siehe oben S. 11.

zweckmässiger sein als die Erfüllung des Gesetzes, entgegenzutreten. Wenn die Behörden diese Pflicht erfüllen, dann kann dem Gesetze derogirendes Gewohnheitsrecht nicht entstehen, denn es gibt kein Recht ohne staatliche Anerkennung.

Allein wenn die thatsächliche Rechtsanwendung von Unterthanen und Behörden übereinstimmend das dem Volksbewusstsein widerstreitende Gesetz fallen lassen und seit Menschengedenken constant eine abweichende, entsprechende Uebung an seine Stelle gesetzt hat, dann darf die Jurisprudenz ihre Aufgabe nicht darin erblicken, das Leben meistern zu wollen, sondern hat die Erklärung dafür zu suchen, wie es möglich ist, dass eine Rechtsgewohnheit im Widerspruche zum Gesetze sich bilden kann [1].

Diese Erklärung ist nun einfach die, dass es sich bei dem ganzen Vorgange um nichts anderes handelt, als um Rechtsbruch mit nachfolgender Bildung von entgegengesetztem Gewohnheitsrecht, also gewissermassen eine Revolution milder Form, im kleinen Rahmen der Gestaltung einzelner Rechtssätze.

Haben Unterthanen und Behörden seit Menschengedenken

---

[1]) In Oesterreich besteht diesbezüglich eine verschiedene Auffassung beim Verwaltungsgerichtshofe und beim Obersten Gerichtshofe. Der Verwaltungsgerichtshof hat constant gesetzwidrige Uebungen (von seinem Standpunkte aus naturgemäss nur in jenen Fällen, in welchen sich ein Gesetz auf Gewohnheitsrecht beruft) als zur Bildung von Gewohnheitsrecht untauglich zurückgewiesen. Siehe aus vielen Entscheidungen nur die B. 1304, 1866, 4859, 4860. Dagegen hat der Oberste Gerichtshof (Glaser-Unger 12 102) derogatorisches Gewohnheitsrecht gegen den §. 406 der alten Civilprocessordnung (actorische Caution von Ausländern betreffend) zugelassen. Das preussische Oberverwaltungsgericht erklärt derogatorische Gewohnheiten für unzulässig (Entsch. vom 22. Mai 1886, Bd. XIII, S. 290). Boutmy a. a. O. S. 117 erwähnt als bemerkenswerthe Fälle derogirenden Gewohnheitsrechtes, dass in den Vereinigten Staaten Nordamerikas sich hinsichtlich des Vorganges bei der Präsidentenwahl, hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Senates, hinsichtlich der Priorität der Abgeordnetenkammer in Bezug auf Geldbewilligungsvorlagen vor dem Senate ein der geschriebenen Verfassung widerstreitendes Gewohnheitsrecht gebildet habe.

constant eine gesetzwidrige Uebung vorgenommen, bezw. geschehen lassen, und zwar in der Weise, dass die gesetzwidrige Uebung in jedem einzelnen Fall formelle Rechtskraft erlangt hatte, dann schwindet allmählig das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit, und es drängt sich mit Nothwendigkeit dem Volke die Ueberzeugung auf, dass nicht die früher erlassene gesetzliche Norm, sondern der den späteren concreten Rechtsgestaltungen zu Grunde liegende abstrakte Satz Recht ist. Das Volksbewusstsein kennt nur einen einheitlichen Staatswillen und versteht die Subtilität nicht, dass dasjenige, was Staatsorgane in tausend Fällen als Recht erkannt haben, doch nicht Recht sein soll, weil es einer früheren Aeusserung eines höheren Staatsorganes widerspricht.

Hiebei haben wir uns das Ausserkrafttreten des Gesetzes nicht als Aufhebung des gesetzgeberischen Willens durch einen entgegengesetzten Willen zu denken, sondern der gesetzgeberische Wille ist im speciellen Falle ohnmächtig und unwirksam geworden, weil der Glaube an seine Geltung in Folge seiner Nichtbeachtung dem Volke abhanden gekommen ist. Die Kraft des Gesetzes hat sich in den concreten Fällen zu bewähren. Hat sie hier constant versagt, dann muss nothwendig das Vertrauen in dieselbe schwinden. Die Bildung von derogirendem Gewohnheitsrecht ist aber aus diesem Grunde zugleich eine Gefahr für das ganze Institut der Gesetzgebung. Würden sich die Fälle häufen, in denen Gesetze gewohnheitsrechtlich derogirt werden, dann würde das Vertrauen in die Kraft des gesetzgebenden Willens selbst erschüttert werden. Es kann daher die Mahnung nicht ernst genug erhoben werden, bei der Gesetzgebung Vorsicht walten zu lassen, ungeeignete Gesetze nicht zu decretiren und unzeitgemässe Gesetze nicht fortbestehen zu lassen, welche Unterthanen und Behörden in die Versuchung führen, das Gesetz zu übertreten oder doch zu umgehen.

Nunmehr erübrigt noch, zu der in Früherem erwähnten

Ansicht Lüders'[1]), dass sich gegen die Verfassung nicht particuläres Gewohnheitsrecht bilden könne, Stellung zu nehmen. Diesbezüglich muss unterschieden werden. Handelt es sich um einen Rechtssatz der Verfassung, welcher den Staat als Ganzes betrifft, wie z. B. die rechtliche Stellung des Monarchen, so kann naturgemäss eine particuläre Derogirung nicht eintreten. Handelt es sich dagegen um einen Rechtssatz, der Verhältnisse regelt, die sich particulär innerhalb des einzelnen Kreises ausleben, wie z. B. Wahlvorgänge, so ist nicht abzusehen, warum nicht particuläre Verschiedenheiten auf dem Wege der Gewohnheit sich ebenso gut bilden können, wie auf dem Wege der Gesetzgebung.

ad 2. Was die zweite der oben aufgeworfenen Fragen betrifft, inwiefern das Gesetz die Bildung von Gewohnheitsrecht pro futuro wirksam untersagen könne, so stimmen wir Eisele und Gierke bei, die im Widerspruche mit der herrschenden Lehre ein derartiges gesetzliches Verbot als unverbindlichen Gesetzesinhalt ansehen[2]), wenngleich wir Eisele's Begründung nicht zu folgen vermögen. Eisele geht nämlich von der Theorie der römischen Juristen aus, dass der das Recht schaffende Wille der Rechtsgemeinschaft bei beiden Rechtsquellen derselbe und der Unterschied nur darin gelegen sei, dass die Gesetzgebung sich in Worten, die Gewohnheit sich in Handlungen äussere[3]). Hieraus ergebe sich der Schluss, dass das gesetzliche Verbot des Gewohnheitsrechtes durch die spätere Bildung desselben unwirksam werde. Gegen den Einwand, dass hiebei eine Verwechslung des organi-

---

[1]) Oben S. 2.

[2]) Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt S. 18 ff., revidirt und erweitert im 69. Bd. des Arch. f. d. civil. Praxis S. 275 ff. O. Gierke a. a. O. Von Aelteren hatte schon Puchta, Institutionen I. S. 220 das Verbot von Gewohnheitsrecht für unwirksam erklärt.

[3]) Ulp. 1, 4. L. 32 §. 1 u. l. 35 D. leg. 1, 3. Ueber die Gründe, aus welchen Puchta und Savigny leugneten, dass dies die Theorie der römischen Juristen sei, siehe Zitelmann a. a. O. S. 365, Anm. 50.

sirten Volkswillens, wie er bei der Gesetzgebung erscheint, mit dem das Gewohnheitsrecht erzeugenden, nicht organisirten Willen der Volksgenossen vorgenommen werde, sucht Eisele sich dadurch zu schützen, dass er die bei der Bildung von Gewohnheitsrecht betheiligten Einzelnen als Repräsentanten der Rechtsgemeinschaft hinstellt. Allein die Fiction, welche in der Gleichstellung des Willens des Gesetzgebers und der das Gewohnheitsrecht bildenden Einzelnen gelegen ist, ist hiedurch nicht zu retten. Denn offenbar haben der Wille des Gesetzgebers und der Wille der Einzelnen bei der Rechtsübung einen ganz verschiedenen Inhalt. Der erstere will objectives, der letztere will immer nur Recht in concreto. Aber auch abgesehen hievon, muss man vom Standpunkte Eisele's nothwendigerweise zugeben, dass die Einzelnen als Repräsentanten der Gemeinschaft den souveränen Organen des Staatswillens — und das sind die gesetzgebenden Organe — untergeordnet sein müssen, wenn anders die Einheit der Staatspersönlichkeit nicht verloren gehen soll. Zwei gleichgeordnete, rechtschaffende Organe sind im Staate ebenso unmöglich wie zwei Souveräne. Der Wille der Einzelnen vermöchte daher nach dieser Auffassung nicht dem Willen des Gesetzgebers zu derogiren.

Vielmehr ist die gesetzliche Ausschliessung der Bildung von Gewohnheitsrecht pro futuro aus dem einfachen Grunde unverbindlicher Gesetzesinhalt, weil die Bildung von Gewohnheiten ein der Gesetzgebung entrückter, psychologischer Process ist. Dies hat auch Unger richtig erkannt, jedoch die sich hieraus ergebende Folgerung dadurch zu beseitigen gesucht, dass er annahm, dass die sich bildenden Gewohnheiten in Folge der gesetzlichen Ausschliessung nicht den Character von Rechtsgewohnheiten haben [1]). Nun ist aber nicht ein-

[1]) System I, S. 36 ff., insbes. Note 16. Siehe auch A. Merkel, Encyclopädie §. 115; Zitelmann a. a. O. S. 467.

zusehen, was Gewohnheiten, die sich in der Rechtsanwendung herausgebildet haben, denn anderes sein sollen, als Rechtsgewohnheiten. Worauf es bei der Bildung von Gewohnheitsrecht ankommt, ist, wie bereits im früheren bemerkt wurde, dass die einzelnen Uebungen in concreto Recht waren; waren sie es, so kann aus dem von Unterthanen und Behörden constant geübten Rechte nur eine Rechtsgewohnheit hervorgehen. Allein auch wenn man ein derartiges Verbot des Gesetzgebers als verbindlich ansieht, so kann dasselbe gewohnheitsrechtlich aufgehoben werden. Es ist auch hier auf dasjenige zu verweisen, was in Bezug auf die Auffassung des Volkes von der Einheit des Staatswillens im Vorhergehenden gesagt wurde. Der aus tausendfältiger Uebung hervorgegangene Satz gilt dem Volksbewusstsein als Recht, nicht aber die früher erlassene, und von den amtlichen Organen selbst nicht beachtete Norm, welche die Bildung von Gewohnheitsrecht untersagt.

Ein markantes Beispiel für die Unwirksamkeit gesetzlicher Ausschliessung dės Gewohnheitsrechtes bietet das geltende österreichische Strafgesetzbuch. Obwohl im Art. IV des Kundmachungspatentes Analogie und Gewohnheit ausgeschlossen sind, insofern es sich um den Thatbestand eines Delictes handelt, so hat sich dennoch in der Praxis die Rechtsgewohnheit herausgebildet, die im Gesetze beim Diebstahl angegebene Berechnungsweise des höheren Betrages per analogiam auf Veruntreuung und Betrug in Anwendung zu bringen.

Die gesetzliche Ausschliessung des Gewohnheitsrechtes vermag daher die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht zu beseitigen und kann, wie Eisele richtig erkannt hat[1]), nur die Bedeutung haben, dass der Richter angewiesen wird, künftiges Gewohnheitsrecht nicht zur Anwendung zu bringen. Das ist an sich Rechtsverwirrung. Aber dieselbe wird in der Regel dadurch aufgehoben werden, dass der vernünftige Richter den

[1]) a. a. O. im Archiv f. civ. Praxis S. 292.

einzelnen Fall unter Berufung auf die Natur der Sache im Sinne des Gewohnheitsrechtes entscheiden wird. Dem unvernünftigen Richter ist allerdings die Handhabe gegeben, die Entscheidung nicht nach dem bestehenden Gewohnheitsrecht, sondern danach zu treffen, was er im Widerspruch zur Uebung seit Menschengedenken für die Natur der Sache hält.

V. Das Gewohnheitsrecht im absoluten Staate.

Die zweite gegen O. Mayer erhobene Einwendung bezog sich auf die Behauptung, dass es im absoluten Staate für die eigentliche obrigkeitliche Gewalt keine Rechtsschranke gegeben, und dass Gewohnheitsrecht nur im öffentlichen Verbandsrechte und in den Beziehungen zwischen dem Fiscus und den Einzelnen bestanden habe. Der erste Theil der Behauptung steht mit den geschichtlichen Thatsachen in so offenem Widerspruche, dass er nicht erst widerlegt zu werden braucht. Auch wenn wir von der Steuer- und Militärgesetzgebung absehen und nur die innere Verwaltung im engeren Sinne nehmen, so war doch im absoluten Staate eher ein Zuviel normirender Ordonnanzen, als dass dieselben gefehlt hätten. Meint aber Mayer, was wohl das Wahrscheinliche ist, dass sich die vollziehende Gewalt an dieselben nicht gebunden erachtete, weil sie dieselben jederzeit abändern konnte, so gilt dies, abgesehen davon, dass ein Gesetz nicht dadurch aufhört Gesetz zu sein, weil es übertreten wird, doch nur von der obersten Instanz. Die unteren Behörden waren gleich der Bevölkerung zur Beobachtung derselben verpflichtet.

Prüfen wir nun, wie es speciell mit dem Gewohnheitsrechte stand.

Da das Staats- und Verwaltungsrecht in Bezug auf die Rechtsbildung keine homogene und einheitlich zu beurtheilende Materie ist, so müssen wir diesbezüglich mehrere Theile unterscheiden.

Was zunächst das Verfassungsrecht des absoluten Staates betrifft, welches sich nach den Ergebnissen unserer Untersuchung auch gewohnheitsrechtlich in constitutionelles Verfassungsrecht hätte umbilden können, welches aber hier unter der Voraussetzung seines Bestandes als absolutes Verfassungsrecht betrachtet wird, so beruhte dasselbe auf dem einen Satze, dass der Monarch ausschliesslich zur Handhabung der Regierungsgewalt berufen ist. Dieser Satz war, wenn der Absolutismus sich geschichtlich aus der allmähligen Zurückdrängung der ständischen Macht entwickelt hatte, Gewohnheitsrecht, dagegen, wenn der Absolutismus durch ausdrückliche Beseitigung bestehender, constitutioneller Einrichtungen begründet würde, wie dies in Oesterreich zuletzt mit dem kaiserlichen Patente vom 31. December 1851, durch welches die Verfassung vom 4. März 1849 aufgehoben wurde, der Fall war, gesatztes Recht.

Neben diesem Rechtssatze war für die gewohnheitsrechtliche Bildung von Verfassungsrecht im absoluten Staate nur in Bezug auf die Mitglieder der Dynastie Raum, da diese neben dem Monarchen die einzigen Personen waren, denen verfassungsrechtliche Befugnisse zukamen. So wäre es ganz wohl denkbar, dass das Recht der Thronfolge, der Regentschaft u. dgl. sich gewohnheitsrechtlich entwickelt hätten. Ausserhalb dieses Personenkreises gibt es begrifflich im absoluten Staate keine verfassungsrechtlichen Befugnisse, und es wäre daher mit der Begründung solcher auf dem Wege der Gewohnheit der absolute Character des Staates selbst beseitigt worden.

Die einzelnen Befugnisse des Monarchen selbst waren nur ein Ausfluss seiner absoluten Machtvollkommenheit und beruhten demgemäss auf derselben Rechtsquelle, wie diese. Eine Reihe solcher monarchischer Befugnisse ist nun in Oesterreich aus der Zeit des Absolutismus in die constitutionelle Aera herübergenommen worden [1]), indem das Staatsgrundgesetz über die

[1]) Joseph Unger in der citirten Rede S. 441.

Regierungs- und Vollzugsgewalt keine erschöpfende Darstellung der kaiserlichen Rechte enthält, wie ja unsere ganze Verfassungsgesetzgebung keine einheitliche, geschlossene Codification ist.

Dahin gehören das Recht der Hausgesetzgebung, der Hofhaltung, der Gnade auf dem Gebiete der Verwaltung, der Bestimmung von Titel, Wappen und Flaggen für den Kaiser und den Staat, das Recht, Gesandte zu empfangen und zu beglaubigen. Die Rechtsquelle, auf welcher diese unzweifelhaft dem Kaiser zustehenden Rechte begründet sind, ist offenbar dieselbe geblieben, wie vor Erlassung der Verfassungsgesetze.

Auch innerhalb des Verwaltungsrechtes haben wir mit Rücksicht auf die Ungleichartigkeit der Rechtsbildung mehrere Theile zu unterscheiden.

Erstens. Das Organisationsrecht war im absoluten Staate, insofern es sich um die Entstehung von Organen handelte, regelmässig kein Feld für gewohnheitsrechtliche Bildungen. In aller Regel wurden Organe durch creatorische Verfügungen ins Leben gerufen, vermöge deren sie mit einem Schlage für die Dauer rechtlich begründet waren. Auch in jenen Fällen, in welchen Jemand zu einer neuen Organstellung berufen wurde, die vordem nicht bestand, lag hierin implicite die Organisation in abstracto. Ausnahmsweise mag es jedoch vorgekommen sein, dass noch im absoluten Staate analog der Entwicklung in früheren Perioden der Rechtsbildung sich Organisationen im Wege der Gewohnheit herausbildeten. Hiegegen war die Gewohnheit auf dem Gebiete des Organisationsrechtes im absoluten Staate insofern eine fruchtbare Rechtsquelle, als es sich um die innere Einrichtung und Competenz der durch Creationsact ins Leben gerufenen Organe handelte, worauf Unger in Bezug auf die deutsche Dienstsprache der Behörden mit Recht in seiner citirten Rede im österreichischen Herrenhause hingewiesen hat.

Zweitens. Was das materielle Verwaltungsrecht betrifft, so war gerade der absolute Staat vermöge der geschichtlichen Entwicklung zu einer ablehnenden Haltung gegen das Gewohnheitsrecht gekommen.

Die Landeshoheit hatte ihre absolute Machtvollkommenheit erst nach langen Kämpfen mit den Ständen errungen und insbesondere die Militär- und Steuerhoheit nur unter dem heftigsten Widerstreben derselben, die Schulhoheit unter stetigem Protest der Kirche erlangt. Seines geschichtlichen Ursprunges bewusst, wachte der Absolutismus eifersüchtig auf die Behauptung seiner Prärogative und blieb jederzeit darauf bedacht, ausschliesslich durch seine Initiative den Staat in Thätigkeit zu setzen. Indem er überall befehlend und bevormundend eingriff, suchte er jede selbständige Regung des Volkes in öffentlichen Sachen als Auflehnung gegen seine Autorität zu unterdrücken, und gelangte endlich dazu, wie dies schon im Vorhergehenden bemerkt wurde, selbst auf dem Gebiete des Privatrechtes die Bildung von Gewohnheitsrecht als ein strafwürdiges Unterfangen zu brandmarken [1]. Es leuchtet ein, dass der Absolutismus consequenterweise das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des Staats- und Verwaltungsrechtes noch in weit höherem Masse perhorresciren musste. Die Leichtigkeit, mit welcher der durch keinerlei Beschränkung aufgehaltene Apparat der Gesetzgebung im absoluten Staate arbeitete, musste ein solches Streben ausserordentlich fördern, wofür die Gesetzessammlungen der absoluten Epoche mit ihrer erdrückenden Fülle von Reglements die beste Illustration bieten.

Drittens. Ganz anders stand es im öffentlichen Verbandsrechte. Dieses Rechtsgebiet bildet bis in unsere Tage den geradezu classischen Boden für die Entstehung von Gewohnheitsrecht. Ein relativ beschränkter Kreis von Rechtsgenossen, Rechtsverhältnisse, welche an enge örtliche Grenzen in der Weise geknüpft sind, dass sie innerhalb derselben nicht

[1]) Siehe oben S. 20, Anm.

nur begründet werden, sondern sich auch völlig ausleben, eine mit der Verschiedenheit der örtlichen Verhältnisse wechselnde Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse selbst, welche der Regelung durch die nothwendigerweise nivellirende Gesetzgebung energisch widerstreiten, die vielfach, insbesondere bei der Landbevölkerung, das ganze wirthschaftliche Leben der Rechtsgenossen erfassende Bedeutung der Rechtsverhältnisse, die eben deshalb fortdauernd im Rechtsbewusstsein derselben lebendig bleiben, alle diese Umstände drängen förmlich dazu, die Bildung des objectiven Rechtes hier nicht durch die auch beim besten Willen mit den intimen örtlichen Verhältnissen des Kreises nicht vertrauten Organe der Gesetzgebung vorzunehmen, sondern ruhig der Kraft der Rechtsübung zu überlassen. Dazu kommt aber, dass die Staatsgewalt allenthalben diesen von ihr nicht geschaffenen Rechtsverhältnissen zunächst überhaupt ferne stand, und erst im Verlaufe der Entwicklung ihrer Hoheitsrechte im Sinne des Territorialprincipes ein Oberaufsichtsrecht über dieselben in Anspruch nahm, das sich in aller Regel auch im absoluten Staate in der Ueberwachung und Entscheidung von Streitigkeiten erschöpfte und zu normativem Einschreiten nur höchst ausnahmsweise Anlass bot.

Die hier angeführten Momente sind wohl ein genügender Erklärungsgrund dafür, dass das im Gebiete des Verwaltungsrechtes vorkommende Gewohnheitsrecht im österreichischen und deutschen Rechte übereinstimmend überwiegend dem öffentlichen Verbandsrechte, bezw. dem damit verwandten öffentlichen Parteienrechte angehört. In erster Linie sind, was das österreichische Recht betrifft, die Gemeindeordnungen zu nennen, welche sich in Bezug auf das Recht und das Mass der Theilnahme an den Nutzungen des Gemeindegutes, sowie in Bezug auf das Recht zur Erhebung gewisser Abgaben ausdrücklich auf bestehende Gewohnheiten berufen, ferner die Wege- und Strassengesetze, die Judenordnungen, das Patronatsrecht, das Propinationsrecht hinsichtlich der Bei-

träge der Leistungspflichtigen. Auch die Berufung auf die »ortsübliche« Weise der öffentlichen Kundmachung im Wehrgesetze und im böhmischen Jagdgesetze sind im Grunde genommen auch nur Gewohnheitsrecht innerhalb eines Verbandes, auf welches sich in den einem anderen Rechtsgebiete angehörigen Gesetzen einfach berufen wird.

Schliesslich ist zu bemerken, dass auch diejenigen Fälle, in welchen der Verwaltungsgerichtshof die Geltung des Gewohnheitsrechtes mangels einer gesetzlichen Berufung auf dasselbe nicht zuliess, dem Gemeinderechte angehörten.

Viertens. Was endlich das administrative Verfahren betrifft, so verhielt es sich mit demselben in der vorconstitutionellen Zeit, in welcher eine principielle Trennung der Justiz von der Verwaltung nicht bestand, und in welcher es subjective öffentliche Rechte gegen den Staat überhaupt nicht gab, in folgender Weise. In Parteisachen des öffentlichen Rechtes erschien es ganz naturgemäss, dass die Behörden, insofern es sich um allgemeine Grundsätze des Verfahrens handelte, eine analoge Anwendung der Normen des gerichtlichen Verfahrens vornahmen. In jenen Fällen, in welchen die besondere Beschaffenheit eines Verwaltungsgebietes ihre Rückwirkung auf die Formen des administrativen Verfahrens ausübte, ergab sich die Nothwendigkeit, diesbezüglich unter einem mit der materiellrechtlichen Gesetzgebung Vorsorge zu treffen.

Im Uebrigen wurden normative Vorschriften nicht erlassen, die Behörden hatten die Grundsätze des Verfahrens nach der Natur der Sache zu bestimmen, und es war die Möglichkeit gegeben, dass die Leere des objectiven Rechtes durch Sätze des Gewohnheitsrechtes ausgefüllt wurde. Inwiefern diese Möglichkeit sich bereits verwirklicht hat, und inwiefern, da die Verhältnisse auch nach der Erlassung der Verfassung die gleichen geblieben sind, wir uns noch in dem Stadium der Bildung von Gewohnheitsrecht befinden, lässt sich schwer abgrenzen. Aber sicherlich haben wichtige Grundsätze des Ad-

ministrativverfahrens, wie der Grundsatz des beiderseitigen Gehörs, der Zuziehung der Betheiligten zur Beweisaufnahme, der Nothwendigkeit der Verständigung Dritter (Interessenten oder Berechtigter) von einer Verfügung u. dgl., schon gegenwärtig die Kraft des Gewohnheitsrechtes erlangt [1]).

So glauben wir es als Resultat der vorstehenden Ausführungen ansehen zu dürfen, gegen O. Mayer den Beweis erbracht zu haben, dass im absoluten Staate Gewohnheitsrecht sich auch ausserhalb des öffentlichen Verbandsrechtes und der Beziehungeu zwischen Fiscus und Einzelnen entwickeln konnte, wie sich solches speciell in Oesterreich auch thatsächlich gebildet hat.

VI. Das Gewohnheitsrecht im constitutionellen Staate.

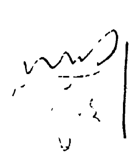
Durch den Uebergang zum constitutionellen Regierungssystem ist ein ganz neuer Kreis von Rechtssubjecten des öffentlichen Rechtes geschaffen worden, die vermöge gleichmässiger Uebung in concreten Rechtsgestaltungen Gewohnheitsrecht erzeugen können, insofern nicht entgegenwirkende Ursachen vorhanden sind. Als solche, das ganze Gebiet des Verwaltungsrechtes bis auf das öffentliche Verbandsrecht treffende Ursachen hat Mayer, wie dargelegt wurde, den verfassungsmässigen Vorbehalt, dass die Verwaltungsbehörden nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung handeln dürfen, einerseits, das freie Ermessen andererseits bezeichnet.

Untersuchen wir zunächst, inwieweit der im ganzen Staats- und Verwaltungsrecht bestehende verfassungsmässige Vorbehalt, dass Rechte nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung ausgeübt werden können, im Stande ist, die Bildung von Gewohnheitsrecht auszuschliessen. Es ist ohne Zweifel richtig, dass, wo die gesetzliche Grundlage nicht gegeben ist, die Ausübung eines Rechtes in concreto nicht zulässig ist, auch

[1]) F. Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens, a. a. O.

in jenen Fällen nicht, in welchen die Nichtgewährung des Rechtes auf einem so offenkundigen Uebersehen des Gesetzgebers beruht, wie die Nichtverleihung der Immunität an die Mitglieder der ungarischen Delegation während des Tagens derselben in Wien. Es könnte daher bei Einhaltung des Gesetzes in der That Gewohnheitsrecht überall dort nicht entstehen, wo die verfassungsmässig nothwendige gesetzliche Ermächtigung zur Uebung eines Rechtes überhaupt fehlt. Allein aus denselben Gründen, aus welchen trotz eines entgegenstehenden Gesetzes sich derogirendes Gewohnheitsrecht bilden kann, kann aus einer thatsächlich, ohne gesetzliche Grundlage erfolgenden Uebung Gewohnheitsrecht entstehen. Die Verfassungsgeschichte einer Reihe von Staaten liefert den Beweis, dass die derogirende Kraft der Gewohnheit speciell auf dem Gebiete des Verfassungsrechtes eine sehr grosse Rolle gespielt und hier auch oft eine wohlthuende Wirkung geübt hat, indem die milde Form der Revolution, als welche wir die Bildung derogirenden Gewohnheitsrechtes gekennzeichnet haben, ernsten und gefährlichen Umwälzungen des Staats- und Rechtslebens vorzubeugen in der Lage war. Auch im socialen Leben der Völker ist das Ventil der beste Schutz vor Explosion.

Historisch bedeutungsvolle Beispiele der Wirksamkeit der Gewohnheit auf dem Gebiete der Verfassung zeigen England und Ungarn, in welchen Staaten sich das parlamentarische System, dessen Gegensatz zum Constitutionalismus ein so grosser ist, dass dem ersteren von mancher Seite der monarchische Character aberkannt wird [1]), im Wege der Gewohnheit herausgebildet hat. Eine besonders merkwürdige Erscheinung ist hiebei speciell die Bildung des englischen Cabinets, welches als solches der geschriebenen Verfassung unbekannt ist [2]).



[1]) M. v. Seydel, Staatsrechtliche u. politische Abhandlungen S. 120 ff.

[2]) Stephens a. a. O. II, S. 458; Anson, Law and custom of the constitution II, S. 105. Als entscheidende Momente für die Entwicklung zum Parlamentarismus in England seien angeführt, dass nach Boutmy a. a. O.

Vielleicht dürfen wir auch den gemeinsamen Kronrath der österreichisch-ungarischen Monarchie, der unter Betheiligung österreichischer, ungarischer und gemeinsamer Minister stattfindet, und von dem in dem geschriebenen Verfassungsrechte keine Rede ist, als einen Ansatz zur Bildung von Gewohnheitsrecht betrachten.

Aber abgesehen von diesen Fällen, in welchen die constante Uebung gesetzlich nicht zustehender Rechte zur Bildung von Gewohnheitsrecht führen kann, ist die verfassungsmässig nothwendige gesetzliche Ermächtigung selbst sehr oft eine so weite, dass innerhalb derselben viel Raum für die Bildung von Gewohnheitsrecht offen bleiben kann. Man denke an jene Fälle, bei welchen der Gesetzgeber bewusst die Ausfüllung weit gezogener Grenzen der Praxis überlässt und die in diesem Sinne als Rahmengesetze erscheinen. Solche Gesetze sind wie in den meisten Staaten, so auch bei uns die Gesetze über die Geschäftsordnung der Parlamente. Desgleichen beruht die gesetzliche Grundlage des administrativen Verfahrens in Oesterreich zum allergrössten Theile auf den blossen Vollzugsclauseln der materiellen Verwaltungsgesetze, auf Grund deren die Verwaltungsbehörden nach der näheren Bestimmung, welche §. 6 des Gesetzes über den Verwaltungsgerichtshof hiezu gegeben hat, verpflichtet sind, die Grundsätze des administrativen Verfahrens nach der Natur der Sache zu bestimmen [1]).

Es wurde bereits an früherer Stelle von der Fruchtbarkeit der Gewohnheit auf diesem Rechtsgebiete gesprochen.

Ferner gehören hieher alle jene Fälle, in welchen sich in zur unmittelbaren Ausführung bestimmten Gesetzen Lücken finden, deren Ausfüllung sehr wohl im Wege der Gewohnheit erfolgen kann. Demonstrandi causa seien die folgenden Beispiele angeführt.

S. 32 ff., seit 1707 das königliche Veto nicht mehr ausgeübt wurde, und dass seit Georg I. kein König mehr persönlich im Ministerrathe erschien.

[1]) Tezner, Handbuch des österr. Administrativverfahrens S. 15.

Das Ministerverantwortlichkeitsgesetz enthält keine Bestimmung, betreffend den Vorgang bei Constituirung des Staatsgerichtshofes; die Landesgesetzgebungen normiren nichts hinsichtlich der Art der Kundmachung der Landesgesetze bis auf die von Böhmen und Galizien, wo die Kundmachung im Landesgesetzblatt gesetzlich angeordnet ist. Die Gemeindeordnungen haben insofern eine Lücke, indem wohl eine Bestimmung über die Zulässigkeit der Sistirung von Decernaten der Gemeindeausschüsse, nicht auch der Gemeindevorsteher und des Gemeindevorstandes seitens der Aufsichtsbehörden getroffen ist.

Es leuchtet ein, dass innerhalb eines in Gemässheit des verfassungsmässigen Vorbehaltes erlassenen Ermächtigungsgesetzes sich Gewohnheitsrecht dann nicht bilden kann, wenn das Gesetz sich nur auf die Vornahme eines speciellen Verwaltungsactes bezieht, wie das bei Aufnahme von Staatsschulden, Veräusserung von Staatsgut u. dgl. m. vorgeschrieben ist, und ferner dann, wenn der Gesetzgeber den Verwaltungsbehörden freies Ermessen mit Rücksicht darauf einräumt, dass die zu regelnden Verhältnisse ihrer Natur nach der Subsumtion unter eine allgemeine Norm widerstreiten.

Mayer hat im Gegensatze zum allgemeinen Sprachgebrauche, welcher den Ausdruck »freies Ermessen« in dem eben erörterten Sinne versteht, und in welchem derselbe auch speciell im österreichischen Rechte als Grund der Unzuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes gebraucht wird, denselben auf den ganzen Raum der Nichtbindung der Behörden innerhalb der Ermächtigungsgesetze angewendet, so dass darunter auch jene Fälle zu rechnen wären, in welchen die Behörden zur Ausfüllung weitfaltiger Gesetze Verordnungen zu erlassen sich veranlasst sahen. Es würde gegen diese Sprachgebrauchswidrigkeit unter allen Umständen Verwahrung einzulegen sein, hier aber um so mehr, als Mayer das freie Ermessen als Ausschliessungsgrund des Gewohnheitsrechtes bezeichnet.

Als Grund, warum durch dasselbe die Bildung von Gewohnheitsrecht ausgeschlossen sein soll, führt Mayer an, dass sich die Verwaltungsbehörden nicht unter eine von anderswoher genommene bindende Regel stellen, um sich der Pflicht und Verantwortlichkeit zu entziehen. Dieser Grund muss in der That höchst eigenthümlich berühren. Ist die Befolgung von Recht eine Ablehnung von Pflicht und Verantwortlichkeit und nicht vielmehr eine Erfüllung derselben? Und ist das im Staate geltende Recht — und Gewohnheitsrecht ist Recht, wie Gesetzesrecht — eine von anderswoher genommene bindende Regel? Wäre diese Begründung zutreffend, dann thäte der Gesetzgeber am besten, die ganze Verwaltung dem freien Ermessen der Behörden zu überlassen, denn dann könnten sie sich am wenigsten ihrer Pflicht und Verantwortlichkeit entziehen. In Wahrheit aber verhält sich, wie bereits bemerkt, die Sache so, dass der Gesetzgeber den Behörden nur dort bewusst freies Ermessen einräumt, wo er eine entsprechende Norm nicht findet, weil die concreten Verhältnisse vermöge ihrer individuellen Verschiedenheit der Subsumtion unter eine allgemeine Regel widerstreiten, und weil er es für das geringere Uebel ansieht, dass die Behörden den einzelnen Fall frei entscheiden, als dass sie ihn unter eine nicht passende Regel zwingen.

Würde es sich in der Praxis zeigen, dass der Gesetzgeber geirrt hat, dass dort, wo er freies Ermessen eingeräumt hat, sich constant eine gleichmässige Rechtsübung wiederholt, so ist absolut nicht einzusehen, warum sich hier Gewohnheitsrecht nicht sollte herausbilden können. Die Verwaltungsbehörden hätten aber um so weniger Anlass, sich über dieses Gewohnheitsrecht zu beschweren, als ihre eigene Uebung dasselbe geschaffen hätte. Es ergibt sich von selbst, dass die Bildung von Gewohnheitsrecht um so weniger in jenen Fällen ausgeschlossen sein kann, in welchen die Ausführungsgesetze der Rechtsbildung bewusst oder unbewusst freien Spielraum

gelassen haben. Vom Standpunkte des Rechtsstaates erscheint es ganz im Gegentheile als ein anzustrebender Fortschritt, die Rechtsgrundlagen der Verwaltung möglichst vollständig auszugestalten.

Sind die Ausführungen dieses Abschnittes zutreffend, dann bildet folgerichtig das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete des öffentlichen Verbandsrechtes nicht, wie Mayer lehrt, eine Ausnahme von der Nichtgeltung der Gewohnheit, sondern eine Bestätigung des Satzes, dass auch für das Gebiet des Verwaltungsrechtes die Gewohnheit Rechtsquelle ist.

Da die an früherer Stelle dargelegten Umstände, welche das öffentliche Verbandsrecht als einen für die Bildung von Gewohnheitsrecht besonders geeigneten Boden erscheinen liessen, durch den Uebergang zum constitutionellen Regierungssystem im Wesentlichen unberührt blieben, so ist anzunehmen, dass auch in Zukunft die Gewohnheit auf diesem Rechtsgebiete eine besondere Fruchtbarkeit entfalten werde.

Der von Mayer vorgebrachte Erklärungsgrund der angeblichen Ausnahme des Gewohnheitsrechtes im Gebiete des öffentlichen Verbandsrechtes, dass die staatlichen Behörden hier eine der des Civilrichters verwandte Stellung inne haben, indem sie die Aufgabe haben, das Recht so zu handhaben, wie es sich zwischen den Betheiligten herausgebildet hat, ist an sich richtig, jedoch mit der auch für den Civilrichter giltigen Modification, dass die behördliche Mitwirkung für die Bildung von Gewohnheitsrecht wesentlich ist, da erst in derselben das Moment staatlicher Anerkennung, welches für alles Recht erforderlich ist, gelegen ist [1]).

---

[1]) Die vom preussischen Oberverwaltungsgericht einmal ausgesprochene Ansicht (Bd. XXII, S. 100), dass die Praxis der Verwaltungsbehörden für die Bildung von Gewohnheitsrecht nicht in Betracht komme, dass sie nicht zu den Betheiligten gehöre, unter denen sich Gewohnheitsrecht für ein gemeinsames Rechtsverhältniss ausbilden könne, ist daher in dieser Allgemeinheit auch für das öffentliche Verbandsrecht nicht zutreffend.

Es ist aber nicht erfindlich, aus welchem Grunde eine solche der des Civilrichters verwandte Stellung der staatlichen Behörden ein allgemeines Erforderniss für die Bildung von Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung sein sollte. Wollte man denselben, wie auch aus der eben citirten Entscheidung des preussischen Oberverwaltungsgerichtes herauszuklingen scheint, darin finden, dass die staatlichen Behörden vermöge des verfassungsmässigen Vorbehaltes nur auf Grund gesetzlicher Ermächtigung zu handeln berechtigt sind, so ist diesbezüglich auf die vorhergehenden Ausführungen zu verweisen.

Die Stellung der staatlichen Behörden in der Verwaltung ist aber so weit entfernt davon, ein Hemmschuh für die Entwicklung von Gewohnheitsrecht zu sein, dass man vielmehr Rümelin[1]) beipflichten muss, dass, abgesehen von jenen Momenten, die gelegentlich der Besprechung der einzelnen Theile des Staats- und Verwaltungsrechtes hervorgehoben wurden, zwei Umstände dazu beitragen, der Uebung im Staats- und Verwaltungsrechte eine grössere Bedeutung zu verleihen als im Privatrechte: 1. dass gerade mit Rücksicht auf das häufige Nichtvorhandensein gesetzten Rechtes die Anlehnung an die Uebung sehr naheliegend ist, und 2. dass mangels eines Richters, wie bei Streitigkeiten zwischen Volksvertretung und Regierung, die Uebung als das objectiv über den Parteien stehende Mittel erscheint.

[1]) a. a. O. S. 229.

